



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
CURSO SUPERIOR DE BACHARELADO EM DIREITO

VÍTOR CAMPOS PERDIGÃO

**A IMPARCIALIDADE DO JUIZ E A INFLUÊNCIA MIDÍÁTICA NO PROCESSO
PENAL**

JOÃO PESSOA
2019

VÍTOR CAMPOS PERDIGÃO

**A IMPARCIALIDADE DO JUIZ E A INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NO PROCESSO
PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de João
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba, como
exigência parcial da obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas

Orientadora: Prof.^a Ma. Lenilma Cristina Sena
de Figueiredo Meirelles

JOÃO PESSOA
2019

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

P433i Perdigao, Vitor Campos.

A imparcialidade do juiz e a influência midiática no processo penal / Vitor Campos Perdigao. - João Pessoa, 2019.

51 f.

Orientação: Prof^a Ma Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles.

Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Processo-penal. 2. Mídia. 3. Mega-operações. 4. Imparcialidade. I. Prof^a Ma Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles. II. Título.

UFPB/CCJ

VÍTOR CAMPOS PERDIGÃO

**A IMPARCIALIDADE DO JUIZ E A INFLUÊNCIA MÍDIÁTICA NO PROCESSO
PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de João
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba, como
exigência parcial da obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas.

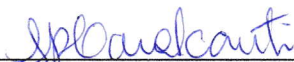
Orientadora: Prof.^a Ma. Lenilma Cristina Sena
de Figueiredo Meirelles

Data de Aprovação: 07/05/2019

Banca Examinadora:



Prof.^a Ma. Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles
(Orientadora)



Prof. Ma. Ana Karolina Soares Bezerra Cavalcanti
(Examinadora)

Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista
(Examinador)

AGRADECIMENTO

Esse trabalho simboliza a conclusão de mais uma etapa na minha vida, pois chega ao fim a graduação. Nos últimos anos, a universidade me trouxe vários ensinamentos que vão muito além do direito, cujas consequências implicam no meu amadurecimento como ser humano.

Entreí na Universidade Federal da Paraíba aos 16 anos de idade, sem muita noção de como na verdade era o mundo real por ter vivido todos esses anos num círculo muito restrito. Contudo, devo reconhecer que a realidade universitária me fez enxergar um mundo diferente, além daquele no qual eu vivia, que me rendeu valioso aprendizado não só acadêmico, mas pessoal e profissional, por todas essas razões, sou grato à Universidade Federal da Paraíba, em especial à professora Lenilma Cristina, que me orientou na elaboração desse estudo final.

Igualmente, deixo aqui registrada a minha gratidão e homenagem à pessoa sem a qual nada disso teria ocorrido, à minha maior influência profissional, meu saudoso avô Campos, que sem dúvida alguma, para além da grande admiração que sempre nutri a seu respeito, foi um grande jurista, o homem mais íntegro que já conheci em toda minha vida e o grande responsável por me fazer trilhar esse caminho. Embora não esteja mais entre nós, o senhor tem minha eterna gratidão e admiração incondicional pelo homem que foi.

Faço ainda um agradecimento especial ao grande amigo Felipe Medeiros, que conheci em meu primeiro estágio profissional e me transmitiu grande parte do que hoje sei. Não tenha dúvida que seus ensinamentos me guiarão por toda vida profissional.

Agradeço também à minha família, por ter torcido por mim nos momentos difíceis e vibrado ao meu lado a cada nova conquista, me mostrando o que realmente significa a expressão “ser família”.

Por último, e ao mesmo tempo mais importante, agradeço aos meus pais, Sérgio e Gleisa, que nunca mediram esforços para me apoiar em todas as minhas escolhas, sendo os grandes responsáveis por tudo que já conquistei até hoje. Foram vocês que tornaram tudo realidade e sempre foram meus maiores exemplos. Sempre foi por vocês.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a influência da mídia nos processos criminais, notadamente com relação à cobertura intensiva das mega-operações investigativas realizadas pela Polícia Federal e o grau de interferência que opera nas decisões judiciais a ponto de comprometer a imparcialidade exigida nos julgamentos. Para a consecução do trabalho lançou-se mão da técnica de pesquisa bibliográfica, com o uso de publicações relacionadas ao tema, a exemplo de livros e artigos, como também de diversas matérias jornalísticas, com o objetivo de verificar a real interferência da mídia no âmbito processual penal. No primeiro capítulo, o trabalho aborda os diversos sistemas processuais, com o objetivo de identificar os princípios que orientam a atividade judicante, em especial no que diz respeito à participação do juiz na produção da prova e diante da exigência da imparcialidade formal na condução dos processos. No segundo capítulo, analisa-se a postura dos magistrados em relação às medidas cautelares tomadas no âmbito das grandes operações policiais que povoaram o noticiário brasileiro, caracterizando a sua conduta de acordo com o parâmetro de sua atuação previsto na Constituição Federal. No terceiro capítulo, analisa-se a questão da garantia da presunção da inocência nos casos das grandes operações policiais, a utilização do processo penal como pena que precede a sentença condenatória e a pressão social e midiática existente sobre os magistrados no Brasil. Por fim, conclui-se que a exploração midiática das grandes operações produz efeitos maléficos ao processo, porque traz uma pressão externa inconciliável com o sistema acusatório, perverte a postura do julgador e coloca o acusado na posição de inimigo da sociedade, tudo isso impede que o processo funcione como instrumento a serviço da realização de um projeto democrático, no qual está inserido o objetivo constitucional garantidor da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, notadamente a liberdade individual.

Palavras-chaves: Processo penal; Imparcialidade; Mega-operações; Mídia.

ABSTRACT

The present study aims to analyse the influency of the media, especially related to the intense exposure of the investigative mega operations realized by the Brazilian Federal Police and how it interferes in the judicial decisions compromising the the impartiality required in the persecutions. To elaborate the present study the employed technique was bibliographical research, using publications related to the theme like books and articles, also adding journalistic articles, aiming to verify the real interference of the midia in the criminal persecution. In the first chapter, the study focuses on the existing processual systems, aiming to identify the principles that coordinate the way the judges should act, especially related to it's participation in the proves production and impartiality in the persecutions. In the second chapter the study analyses the way the judges who conduct or are part of the big police operations that took place on the brazilian media act, comparing their acts to the parameters established by the laws of the Brazilian Constitution. In the third chapter, the guarantee of innocence presumption is analysed in the mega police operations. Also, it is shown how the criminal persecution is used as punishment before the final conviction and how brazilian judges suffers from the media and social pressure. The conclusion is the hypothesis that the media exploration of the mega police operations produces a malefical effect on the criminal persecution as it brings an outside pressure over the judges that can't exist in our processual system as it changes the way the judges act and puts the persecuted in a position of social enemy. It prevents the persecution to work as an instrument for a democratic project in which is included the constitutional objective of guaranteeing fundamental rights, most importantly the individual liberty.

Keywords: Criminal law; Imparciality; Mega-operations; Media.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	10
2.1. Sistema inquisitivo	10
2.2. Sistema acusatório.....	11
2.3. Sistema misto	13
2.4. O sistema adotado no Brasil	13
2.5. A imparcialidade do juiz à luz do direito brasileiro	15
3. A ATUAÇÃO DOS MAGISTRADOS NAS MEGA-OPERAÇÕES	18
3.1. A corrupção, a sensação de impunidade e o processo penal	18
3.2. O juiz super-herói	21
3.3. As medidas cautelares no âmbito das mega-operações policiais.....	24
3.3.1. A prisão preventiva e a colaboração premiada.....	26
3.3.2 A questão da condução coercitiva	29
4. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS MEGA-OPERAÇÕES CRIMINAIS E O ACOVARDAMENTO DOS MAGISTRADOS.....	36
4.1. O processo penal como pena.....	37
4.2. A presunção de inocência e o cumprimento de pena após condenação em segunda instância	38
4.3. O acovardamento da magistratura diante das mega-operações.....	41
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	47

1. INTRODUÇÃO

O presente Projeto de Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) tem como título “A imparcialidade do juiz e a influência midiática no processo penal”.

Trata-se de tema abordado pelo Direito Processual Penal, atualmente em evidência, diante da situação delicada que o país enfrenta no cenário político, frequentemente alvo de mega-operações policiais com intensa veiculação midiática, onde muito se questiona acerca da aplicação correta da norma processual penal, bem como dos efeitos da modificação na forma como a lei processual vem sendo empregada.

Constrói-se aqui uma abordagem que compara o papel deontológico do juiz em nosso ordenamento jurídico, evidenciando a garantia processual do órgão julgador imparcial sem prejuízo de analisar as demais, à sua atuação de fato, com foco nas causas que ganham notoriedade e tornam-se alvo da mídia, atraindo a atenção da sociedade em geral.

A fim de determinar seu papel deontológico, primeiramente será feita uma análise do ordenamento jurídico brasileiro, objetivando definir o sistema processual vigente no Brasil e, com base nesse pressuposto, traçar os parâmetros legais exigidos para a correta atuação judicial.

A partir desta determinação é que será possível realizar a comparação entre a conduta judicial exigida legalmente e o real comportamento dos juízes. Referida comparação ocorrerá por meio da análise de casos concretos, quais sejam, algumas das mega-operações investigativas criminais mais famosas da história brasileira, busca-se chegar a uma conclusão sobre os efeitos da intervenção midiática na aplicação do denominado devido processo penal.

Serão ainda discutidos diversos fenômenos jurídicos correlatos que vem surgindo nos últimos anos em decorrência da recente explosão das midiáticas operações investigativas e os efeitos que eles provocam em relação a aplicação da lei processual penal, ao acusado e à sociedade. Em relação a tais fenômenos destacam-se alguns casos e personagens emblemáticos, que são representações perfeitas do que se discute.

Ao longo da pesquisa, também será objeto de debate o tema referente às medidas cautelares e suas respectivas formas de aplicação, notadamente no âmbito das mega-operações do Departamento de Polícia Federal. Neste ponto, merece

destaque a prisão preventiva, que será estudada em conjunto com o instituto da colaboração premiada, também muito popular em tais investigações.

Não menos importante são as situações submetidas ao escrutínio das cortes superiores, máxime o STF, quando por determinação do princípio da reserva de jurisdição defere pedidos em medidas cautelares a serem cumpridas no bojo de investigações deflagradas pela Polícia Federal. Destaca-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que vive um momento de intensa cobertura midiática e influência da opinião pública.

Neste sentido, é importante ressaltar que em todos os casos abordados ao longo do trabalho, a mídia tem desempenhado papel decisivo, com transmissão ao vivo de fases das operações, cobertura dos passos do Judiciário e dos demais agentes do Estado, sob o fundamento de bem informar à população sobre o que está acontecendo no país

Diante do exposto, indaga-se: “até que ponto a influência midiática é benéfica no processo penal”? “Quais as consequências dessa influência na mudança da postura da magistratura brasileira”? “Quais as consequências da midiatização na garantia do direito à presunção da inocência”? “Quais as consequências práticas da transformação do processo penal em uma pena antecipada”?

Visando responder a tais indagações, a pesquisa será desenvolvida em três capítulos, do seguinte modo: o primeiro capítulo tratará dos diversos sistemas processuais penais, com o objetivo de identificar o comportamento esperado do magistrado no sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial no que diz respeito a sua participação na produção da prova e na exigência da imparcialidade formal na condução dos processos.

No segundo capítulo, analisar-se-á a postura dos magistrados que conduzem ou integram as grandes operações policiais que povoaram o noticiário brasileiro, caracterizando a sua conduta de acordo com o parâmetro de sua atuação previsto na Constituição Federal.

O terceiro capítulo analisará a presunção de inocência nos casos resultantes das grandes operações policiais, a utilização do processo penal como pena antecipada e destituída de sentença penal condenatória, bem como a pressão social e midiática existente sobre os magistrados no Brasil.

Por fim, no exame do tema deve-se considerar o cenário atual vivido no país, que inegavelmente enfrenta uma grave crise de representatividade, especialmente

relativa à classe política, que a cada dia vem causando maior descontentamento na população, mas não restrita à esta, extendendo-se aos agentes públicos de maneira geral.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

A figura do magistrado está intimamente ligada ao direito, vez que, logicamente ele é essencial à administração da justiça. Neste trabalho, contudo, será feita uma análise específica de seu papel, com enfoque no Direito Processual Penal.

Dito isto, é importante esclarecer a forma de atuação do magistrado no processo penal está diretamente relacionada ao sistema de investigação criminal adotado.

Cada sistema processual penal reflete uma postura diferente no que toca à atuação do magistrado, diante do que se faz necessário tecer breves considerações acerca das principais características de cada um desses sistemas.

A priori, cumpre estabelecer o que se entende por sistema processual penal. Sobre a temática, leciona Rangel (2010) que este seria “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto.” (RANGEL, 2010, p.49).

Esse conjunto de normas representa, antes de tudo, um conjunto de garantias do cidadão em face do arbítrio do Estado Juiz, além de representarem a forma de racionalização da forma jurídica do processo punitivo, de modo que a sua aplicação representa um direito subjetivo do acusado.

Nesse contexto, a doutrina reconhece, majoritariamente, a existência de três sistemas processuais penais distintos, quais sejam o sistema inquisitivo, acusatório e misto.

2.1. Sistema inquisitivo

O sistema inquisitivo, para a maior parte da doutrina, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, que detém a gestão da prova. Neste modelo, o acusado é visto tão somente como objeto de investigação, presumidamente culpado, que por sua vez tem o dever de esclarecer o crime ocorrido ao juiz inquisidor.

Conclui-se, pois, que no sistema inquisitivo, o juiz não forma seu convencimento diante das provas trazidas aos autos pelas partes, “mas visa

convencer as partes de sua íntima convicção, pois já emitiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação” (RANGEL, 2010, p.49).

Este modelo, onde não existem garantias processuais ao acusado, que sequer é visto como sujeito de direitos pelo órgão julgador, mas já como condenado, está tão ligado à arbitrariedade e totalitarismo do Estado que parte da doutrina critica até sua denominação como sistema processual. Neste sentido, argumenta Bonfim (2010, p. 61-62):

A rigor, a denominação ‘processo inquisitório’ somente tinha pertinência em um momento histórico – na época das monarquias absolutas – em que não havia uma bem demarcada distinção entre as funções administrativas e as jurisdicionais, confiando-se ambas as funções aos distintos órgãos a um só tempo, e os então impropriamente chamados ‘tribunais’ aplicavam penas sem a realização de um processo. Logo, eram ‘inquisitoriais’, mas não configuravam, obviamente, um sistema processual. Assim, a denominação ‘processo inquisitório’ parece-nos incorreta, pois ‘não foi e não pode ser, obviamente, um verdadeiro processo

Ainda assim, essa forma de pensar o processo penal ainda projeta ramificações, mais ou menos desenvolvidas, até os dias atuais, tendo especial influência no processo investigatório, o que será objeto de estudo no trabalho.

2.2. Sistema acusatório

O sistema processual acusatório, por sua vez, diverge em diversos pontos do previamente abordado.

No modelo acusatório, há uma separação das funções de acusação, defesa e julgamento, com a criação pelo Estado de um órgão específico de acusação - representado pelo Ministério Público -, que concentra a função de propor as ações penais públicas, enquanto que as privadas ficam sob responsabilidade dos particulares interessados.

Como se nota, é evidente que a atuação do magistrado neste sistema diverge completamente da adotada no sistema inquisitório. Sobre a função do magistrado no sistema penal acusatório, leciona Lopes Júnior (2012, p. 133) que “no modelo acusatório, o juiz se limita a decidir, deixando a interposição de solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, às partes”.

Assim, uma vez que não concentra mais as funções de acusar, julgar e defender simultaneamente, o magistrado passa a manifestar-se tão somente quando

devidamente provocado. Fruto dessa redução das atribuições da figura do juiz é a garantia da imparcialidade do julgador, que se mostra como principal conquista do processo acusatório.

A imparcialidade do órgão julgador é tida como grande avanço social, protegendo a sociedade dos abusos do poder estatal através da figura do magistrado.

Quanto a essa matéria, Gustavo Henrique Badaró (2018, p. 51), analisando a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre a garantia de um juiz independente e imparcial delineia a teoria da aparência geral de imparcialidade, que pode ser definida da seguinte maneira:

Ainda que com variações e evoluções em sua jurisprudência, o relevante é que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos firmou posicionamento no sentido de que o juiz, em relação ao qual se possa temer legitimamente sua falta de imparcialidade, perde a confiança que os Tribunais de uma sociedade democrática não de inspirar em seus jurisdicionados – começando, no processo penal, pela confiança dos próprios acusados.

Segundo a **teoria da aparência geral de imparcialidade**, para que a função jurisdicional seja legitimamente exercida, não basta que o magistrado seja subjetivamente imparcial, mas é necessário também que a sociedade acredite que o julgamento se deu perante um juiz imparcial. Um julgamento que toda a sociedade acredite ter sido realizado por um juiz parcial será tão pernicioso e ilegítimo quanto um julgamento realizado perante um juiz intimamente comprometido com uma das partes. Consequentemente, tão importante quanto o juiz ser imparcial, é o juiz parecer ser imparcial. Se a sociedade não acredita que a justiça foi feita, por que ao acusado não foi assegurado um julgamento imparcial, o resultado de tal processo será ilegítimo e prejudicial ao Poder Judiciário. A sociedade não verá em tal sentença, pouco importando se absolutória ou condenatória, uma decisão justa. No caso **Delcourt vs Bélgica**, o TEDH utilizou a famosa expressão do direito inglês “justice must not only be done; it must also be seen to be done”.

A garantia do juiz imparcial é, claramente, uma conquista do sistema acusatório e representa uma condição de legitimidade do processo penal democrático, pois somente o juiz que se mostra imparcial através do oferecimento de todos os meios de defesa possíveis e adequados ao processo, é legítimo para decidir um processo verdadeiramente democrático.

Diversas outras garantias também são inerentes ao sistema processual penal acusatório, a exemplo da publicidade dos atos processuais como regra; a presença do contraditório e da ampla defesa durante todo o processo; o réu como sujeito de direitos; a iniciativa probatória nas mãos das partes; a possibilidade de impugnar decisões com o duplo grau de jurisdição; e o sistema de provas de livre convencimento motivado.

2.3. Sistema misto

O sistema processual misto, como o próprio nome indica, surge a partir de influências dos sistemas acusatório e inquisitivo.

O sistema misto, assim, é dividido em duas fases: a primeira, consistente na instrução preliminar, tocada pelo juiz e nitidamente inquisitiva; e a segunda, judicial, sendo a acusação feita por órgão distinto do que irá realizar o julgamento.

Para grande parte da doutrina, o modelo misto é extremamente falho, uma vez que por trazer muitos elementos do sistema inquisitivo, acaba por contaminar todo processo, resumindo-se a uma repetição desse sistema. Acerca do tema, leciona Lopes Júnior (2012, p.130):

[...] a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase”.

Acerca da atuação do magistrado nesse sistema, é evidente que sua imparcialidade é tão comprometida quanto no inquisitivo, posto que o juiz se mantém na fase de colheita das provas antes mesmo da acusação, quando deveria este ser retirado da fase persecutória,

[...] entregando-se a mesma ao Ministério Público, que é quem deve controlar as diligências investigatórias realizadas pela polícia de atividade judiciária, ou, se necessário for, realizá-las pessoalmente, formando sua opinio delicti e iniciando a ação penal (RANGEL, 2010, p. 55).

Porém, fato é que a confusão da atuação investigatória, instrutória e jurisdicional do juiz neste sistema, vulneram o direito à presunção de inocência, tendo em vista que a chance de fatores externos influenciarem a decisão judicial de forma não prevista legalmente é muito maior do que o sistema acusatório.

2.4. O sistema adotado no Brasil

No Brasil, ainda subsiste certa discussão acerca do sistema processual adotado. A discussão gira em torno, principalmente, do nosso Código de Processo

Penal (CPP), que embora adotado até os dias atuais, data de 1941 e tem fortes influências autoritárias. Em razão dessas influências, o Código ainda hoje apresenta diversos artigos que vão de encontro aos princípios e garantias processuais trazidas pela Constituição Federal de 1988.

No entanto, apesar da discussão, parte majoritária da doutrina concorda que utilizamos o sistema acusatório. Essa conclusão se dá em razão da Carta Magna, lei reitora de todo ordenamento jurídico e hierarquicamente superior ao Código de Processo Penal, prever diversas garantias processuais características do mencionado modelo processual.

Vicente Greco Filho (2012), por exemplo, ao falar sobre a imparcialidade enquanto característica do juiz, afirma que o Brasil adotou o sistema acusatório, vejamos:

A terceira qualidade do magistrado é a imparcialidade. A imparcialidade, em primeiro lugar, decorre do sistema legal do processo, que adotou o chamado sistema acusatório, no qual são distintos o órgão acusador e o órgão julgador. Nesse sentido a imparcialidade decorre da equidistância do juiz em face das partes.

Em segundo lugar, a imparcialidade deve verificar-se em concreto, porque o juiz não pode ter vinculação pessoal com a causa, seus participantes ou com outro magistrado que a julgou ou está julgando.

A Constituição Federal de 1988, elaborada com base em um Estado Democrático de Direito, é notória ao enxergar a figura do acusado como sujeito de direitos, detentor de diversas garantias processuais, bem como a separação das funções de acusação e julgamento, com a presença do órgão exclusivo de acusação - Ministério Público - Essas características, típicas do sistema acusatório, são evidentes na redação dos artigos 1º, III, 5º, LIV e LV e 129, I, da CFRB/88:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988, p. 1).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 1988, p.3).

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (BRASIL, 1988, p. 45).

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar (2016), afirmam expressamente que:

Com origem que remonta ao Direito grego, o sistema acusatório é o adotado no Brasil, de acordo com o modelo plasmado na Constituição Federal de 1988. Com efeito, ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal (art. 129, I, CF/88), a Carta Magna deixou nítida a preferência por esse modelo que tem como características fundamentais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos. Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado. Nota-se que o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão de prova, não sendo mais o juiz, por excelência, o seu gestor.

Eugênio Pacelli Oliveira (2017), nesse contexto, afirma que “(...) sobretudo, a partir da possibilidade de participação do acusado e seu defensor no ato do interrogatório, não vemos como não se reconhecer, ou não vemos por que abdicar de um conceito acusatório de processo penal na atual ordem constitucional”.

Assim, uma vez compreendido que de fato adota-se no Brasil o sistema acusatório, imprescindível falar sobre a atuação do magistrado nos moldes do ordenamento jurídico, que por óbvio deve ser pautada nos princípios do referido modelo, dentre os quais, o da imparcialidade.

2.5. A imparcialidade do juiz à luz do direito brasileiro

Ainda que não prevista explicitamente no texto da CFRB/88, a imparcialidade do órgão julgador é garantia que decorre, conforme já apontado, do próprio sistema acusatório. Com base nele, é dever do juiz abster-se da produção de provas, sendo alheio à causa e às partes, agindo tão somente quando provocado nos termos da lei.

É cediço, no entanto a fim de possibilitar esta imparcialidade que o juiz tenha assegurada a sua independência, resguardando-se de eventuais coações e

influências sobre o exercício da sua função jurisdicional. Neste ponto, é manifesta a Constituição Federal, em seu art. 95, ao conceder aos magistrados diversas garantias:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (BRASIL, 1988, p. 33 e 34).

Enquanto a CF/88 demonstra a preocupação do legislador em garantir a viabilidade da imparcialidade do órgão julgador, o Código de Processo Penal em seus arts. 252, 253 e 254 traz a preocupação em garantir sua efetiva aplicação, com vista a assegurar o alheamento do juiz à causa e às partes, pressuposto essencial do sistema acusatório, conforme já apontado.

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito (BRASIL, 1988, p. 31).

Art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive (BRASIL, 1988, p. 31).

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo (BRASIL, 1988, p. 31).

Neste ponto, vale esclarecer que a falta de interesse do juiz no resultado do processo, de maneira alguma se confunde com sua falta de interesse em proferir uma sentença justa. Muito pelo contrário, referido alheamento constitui justamente o

caminho para tal decisão, sendo a imparcialidade do órgão julgador indubitavelmente princípio garantidor da justiça social. Não restam dúvidas, portanto, da evidente preocupação do legislador em garantir a efetiva imparcialidade do magistrado no âmbito processual penal brasileiro.

Cumprе ressaltar ainda o teor do artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que embora não se trate de legislação nacional, tem aplicação plena em nosso ordenamento jurídico. Preceitua o mencionado artigo:

Artigo 10º Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948, p. 5).

Conclui-se, pois, que ao agir com parcialidade, o magistrado estaria mais do que desobedecendo a mera obrigação legal, mas atentando contra a própria dignidade humana, que a Constituição alça ao patamar de Fundamento da República.

A parcialidade ataca diversos princípios processuais que não são exclusivamente relacionados ao processo penal, mas que dão os contornos lógicos ao sistema processual penal brasileiro, tais como o princípio do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da fundamentação/motivação das decisões, entre outros.

Desse modo, a conduta do juiz parcial não é apenas irregular, processualmente falando, mas inconstitucional e antidemocrática e não pode ser tolerada na nossa realidade constitucional.

3. A ATUAÇÃO DOS MAGISTRADOS NAS MEGA-OPERAÇÕES

Há alguns anos, tornou-se rotina para o brasileiro ligar a televisão no noticiário e acompanhar as últimas atualizações relativas às mega-operações realizadas pela Polícia Federal, sempre de nomes exuberantes e conhecidos, com a descrição passo-a-passo dos atos praticados e comentários jornalísticos e de especialistas na área jurídica.

Mega-operações como a Lava-jato, o Mensalão (Ação Penal 470), e tantas outras, viraram, nos últimos anos, centro das atenções dos brasileiros, que através da intensa cobertura midiática, acompanham de perto seu desenrolar em relação a cada novo acusado, que cada vez mais tem se tornado uma espécie de “inimigo público”.

Nesse cenário, os magistrados tem se tornado figuras públicas, que para sociedade, muito além do dever de aplicar a lei, carregam consigo a missão de “salvar” o nosso país da situação atual. Essa exposição exagerada do juiz à mídia, por diversas vezes, acaba por influir na sua atuação, que muitas vezes acaba conflitando com a sistemática processual adotada por nosso ordenamento jurídico.

3.1. A corrupção, a sensação de impunidade e o processo penal

A palavra corrupção, segundo o dicionário Michaelis (2019, p. 1), significa “Degradação de valores morais ou dos costumes; devassidão, depravação.”. É cediço que vivemos em um país que, infelizmente, tem uma história indissociável da corrupção.

De acordo com dados do Índice de Percepção da Corrupção (IPC), anualmente realizado pela ONG Transparência Internacional, o Brasil, em 2018, obteve 35 pontos em uma escala de 0 a 100, onde mais pontos implicam menos corrupção. Este resultado coloca o país na 105ª posição em um ranking de 180 países avaliados, onde os piores colocados representam as nações mais corruptas do mundo. Para efeitos de comparação, a Somália, pior colocado, obteve 10 pontos, enquanto a Dinamarca, melhor colocada, alcançou 88 (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2018).

Essa triste, porém inevitável associação do Brasil à corrupção, se agrava ainda mais quando consideramos a crise de representatividade política enfrentada pelo nosso país, onde a população, descrente da classe política e dos agentes públicos, vê crescer internamente um sentimento generalizado de impunidade.

Diante desse cenário surgem as mega-operações da Polícia Federal, com foco notório na mencionada classe política, que escancaram o problema da corrupção no país. Essas operações, massivamente veiculadas pela grande mídia, trazem a tona esquemas mirabolantes de corrupção, constantemente envolvendo cifras milionárias de prejuízo aos cofres públicos. Assim, aflorando o sentimento de impunidade do povo brasileiro, que clama pela moralidade pública, estas operações acabam caindo no gosto da opinião popular, que passa a apoiá-las incondicionalmente.

A necessidade de investigação dos referidos esquemas é incontestável, bem como a condenação dos envolvidos que comprovadamente incorreram em condutas delituosas. Ademais, a tentativa de diminuição da corrupção endêmica que se instalou nas instituições nacionais através dessas mega-operações é, também, louvável. O que se questiona, no entanto, é quanto aos métodos de investigação adotados nessas mencionadas operações policiais.

Embora a realização das denominadas “mega-operações” demonstre o fortalecimento da instituição policial, essencial à administração da justiça, a forma como as investigações tem sido conduzidas, não apenas pela Polícia Federal, mas também pelo próprio poder judiciário, responsável por autorizar as mais diversas medidas cautelares no curso das investigações, é alvo de intenso debate no meio jurídico. Muito se discute quanto à aplicação do processo penal, bem como acerca dos resultados advindos de sua aplicação de maneira incorreta.

Em 23 de maio de 2007, doze advogados criminalistas entregaram ao então presidente do Superior Tribunal de Justiça, o ex-ministro Raphael de Barros Monteiro Filho, uma carta, onde manifestam preocupação com a postura do judiciário diante das mega-operações realizadas pela Polícia Federal.

Ao Excelentíssimo Senhor

Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho

Digníssimo Presidente do Superior Tribunal de Justiça

A corrupção, fator impeditivo do desenvolvimento econômico e político da Nação, deve ser combatida com o apoio de todos os segmentos da sociedade, mas eliminá-la não pode ser um fim que justifica meios ilegais.

É isso o que temos vivenciado no dia a dia: graves desrespeitos aos direitos instituídos pela Constituição, sem que algumas autoridades, parte da mídia e setores da sociedade percebam que ultrapassar os limites da legalidade é tão grave para a cidadania quanto a impunidade, pois traz o risco do desrespeito generalizado à ordem jurídica. Quer sejam políticas ou ideológicas as motivações, quer sejam ligadas à segurança nacional ou à luta contra a corrupção, como se alega, toda e qualquer ação oficial empreendida ao arrepio da lei representa a negação do Estado de Direito e a adoção de um regime de exceção.

Da Constituição do Império (1824) à atual, sempre se garantiu ao preso o direito de saber os motivos de sua prisão. Esse direito está sendo reiteradamente descumprido: em todas as operações da Polícia Federal, autorizadas por Juizes federais de todo o país, é preciso, em média, mais de dois dias para ter conhecimento da decisão (os mandados sempre dizem “conforme decisão em anexo”, sem que exista anexo) e dos elementos de investigação em que ela se apoiou. Isso, quando não se é obrigado a recorrer aos Tribunais, o que torna a demora é ainda maior.

Preocupa-nos, sobretudo, a forma açodada e descriteriosa com que o Judiciário tem deferido medidas de força – busca e apreensão e prisão – sem a observância dos princípios da necessidade, da proporcionalidade e da eficácia, e sem o apoio de fatos concretos e devidamente provados, justificadores de tais providências. É imprescindível denunciar que muitas dessas medidas são requeridas e deferidas com exclusivo apoio em relatórios de interceptações telefônicas, impregnados do perigoso subjetivismo de um agente anônimo que interpreta o que as vítimas do grampo quereriam dizer, levando a injustiças irreparáveis.

Métodos meramente simbólicos, de duvidosa eficácia para combater a corrupção, muitos flagrantemente ilegais, têm como consequência exclusiva criar a ilusão de uma atuação eficiente contra a chamada criminalidade das elites.

Ser investigado hoje, no Brasil, significa ter enormes dificuldades para verificar o inquérito policial, ter sua vida privada devassada e correr o risco de ter decretada uma busca e apreensão, acompanhada de prisão processual antes mesmo de ter sido intimado para qualquer esclarecimento. Por outro lado, a execução de tais medidas não necessita da parafernália bélica utilizada contra homens e mulheres, moços e velhos, ao raiar do dia dentro de suas casas. Basta que se observe serem raros ou até inexistentes os casos de resistência ao cumprimento dos mandados de busca ou de prisão. A utilização desse método constitui outra prova cabal do caráter cinematográfico das ações.

Nós, contudo, que vivenciamos o processo criminal até seu fim, podemos afirmar que o caráter ilusório das providências adotadas reside na verificação de que muitas delas, tomadas de chofre e sem o exigido rigor legal, são mais tarde anuladas pelos tribunais. Ademais, passada a fase inicial, marcada por intensa pirotecnia midiática, caem no esquecimento, pouco importando o resultado do processo, tal a humilhação suportada pela busca e pela prisão, diante da exposição das diligências à mídia, com efeitos permanentes e indelévels.

É nosso dever alertar a sociedade de que não se combate o crime sem o estrito cumprimento da Lei, até porque só é possível a condenação de um criminoso se o inquérito e o processo transcorrerem na legalidade. Há quatro anos, no entanto, temos visto ações que impressionam a sociedade, mas que são objeto de intermináveis discussões judiciais, tantos são os abusos e ilicitudes.

Muitos se encantam com o estrépito das diligências, sem atentar para a absoluta dificuldade – ou até impossibilidade – de fazer valer direitos e garantias fundamentais do cidadão no curso delas. Não importa saber se isso ocorre por um motivo nobre – o combate à criminalidade – até porque nunca se viu regime totalitário que não se apoiasse em motivos “nobres”.

Daí o nosso alerta à sociedade e à mídia e nosso apelo ao Judiciário, para que medidas de força somente sejam determinadas quando indispensáveis e executadas com moderação e respeito à pessoa. De nada nos valerá viver num Estado sem corrupção nem direitos individuais!(CONSULTOR JURÍDICO, 2007, 1-3)

A carta demonstra evidente preocupação dos advogados com as frequentes violações às garantias individuais conquistadas pela nossa Constituição Federal de 1988, já mencionadas neste estudo.

O manifesto dos advogados, no entanto, esbarra diretamente na opinião pública, que movida pela tão conhecida sensação de impunidade, insurge-se contra esse mesmo Poder Judiciário quando, por meio de sucessivas ordens de *habeas corpus*, são postos em liberdade os investigados indevidamente presos nas mega-operações em questão. Reclama-se que “a polícia prende e a Justiça solta”. A sociedade não se preocupa com a correta aplicação do processo penal e suas garantias, mas tão somente com a punição a qualquer custo dos responsáveis pelos escândalos trazidos à tona pelas famigeradas operações.

Nesse ponto, vale à pena citar o entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2019, P. 7):

(...) Nesse aspecto, a Lei 12.850/2013 trouxe instrumentos abertos o suficiente para vários órgãos penais de repressão ao crime (Polícia, Ministério Público e Judiciário) atuassem com extrema liberdade, chegando a sufocar direitos e garantias individuais, sem que os Tribunais agissem com a mesma celeridade para coibir abusos.

A Operação Lava Jato é um bom exemplo disso, pois vem atuando com destacado rigorismo e adotando rumos nem sempre fieis às liberdades individuais, constitucionalmente enumeradas. O que se observa, por parte da sociedade, é um aplauso acrítico ao combate à corrupção, olvidando-se do arguto olhar no tocante à necessária defesa das garantias fundamentais (...).

É nessa interseção que se encontra o grande problema: novos instrumentos de combate à criminalidade organizada foram criados, sua utilização foi intensificada, a sociedade induzida pela mídia passou a endossar a aplicação indistinta desses institutos, mesmo diante de flagrantes violações aos direitos fundamentais decorrentes delas.

As mega-operações policiais parecem ter criado, na sociedade uma inversão das noções acerca da sistemática processual penal adotada em nosso ordenamento jurídico, atropelando garantias individuais na ânsia por uma utópica moralidade pública que surgirá através da condenação dos investigados. É a partir deste perigoso pensamento cada vez mais presente no povo brasileiro, que nosso processo penal entra em cheque.

3.2. O juiz super-herói

É dever do magistrado, nos termos do artigo 35, I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LCP nº 35/1979) “cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício” (BRASIL, 1979, p. 6).

Do mencionado diploma legal, extrai-se com clareza o papel que deve ser desempenhado pelo magistrado. Este tem o dever de fazer cumprir a lei, que por sua vez deve ser aplicada conforme seus próprios termos, sem mais.

O que tem se visto com mais frequência, no entanto, é que uma nova figura tem surgido, fruto das já mencionadas mega-operações realizadas pela Polícia Federal: o juiz “super-herói”.

Como já afirmado, vivemos em um país em que o sentimento de impunidade assola a população descrente da sua classe política e dos agentes públicos, que clama por uma solução que traga a moralidade pública. Somado a isso, temos o fato de que a sociedade, em sua maior parcela, é leiga em relação ao processo penal, e, ainda que isso represente uma infelicidade, pouco ou nada sabe acerca das garantias processuais tão arduamente conquistadas pela Constituição Federal de 1988. Para esta maioria, o que de fato importa, é ver punidos os responsáveis pelos escândalos de corrupção revelados com frequência, na ânsia de saciar sua sensação de impunidade.

Nesse cenário, em meio às revelações trazidas à tona pelas investigações policiais, surgem juízes que “encaram com dureza” os investigados, deferindo as mais diversas medidas cautelares, muitas vezes de acordo com critérios estabelecidos por sua própria lógica, pouco importando a lei processual penal.

A sociedade, carente de justiça social, ao se deparar com essas figuras, amplamente exploradas pelos veículos de comunicação, que a cada nova decisão do magistrado veiculam a ação como verdadeiro ato heróico, passam a enxergar no magistrado uma espécie de verdadeiro “super-herói”. O magistrado passa a ser visto pela sociedade como alguém capaz de punir os supostos causadores da crise de moralidade que vivemos, ressuscitando a esperança do povo de um país mais idôneo.

Talvez o maior exemplo disso, seja o juiz Sérgio Moro, até poucos meses responsável por conduzir a operação Lava-Jato, tida como a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. No dia 9 de abril de 2019, a página intitulada “Sérgio Moro”, na rede social Facebook, criada e seguida por admiradores do ex-magistrado e atual Ministro da Justiça, somava mais de 1 milhão

e 700 mil curtidas. O número é uma demonstração clara da popularidade do juiz, que se tornou um verdadeiro ídolo para parte expressiva da população brasileira.

Se de um lado, Moro é visto como “super-herói”, por outro, é severamente criticado por juristas, em especial aqueles do ramo processual penal, por sua atuação. A atuação do juiz Sérgio Moro na operação Lava-Jato, na visão de grande parte dos processualistas, muito mais do que pautada nas garantias processuais de nosso ordenamento, foi pautada no clamor público por justiça social.

Aqui cumpre ressaltar que o juiz Sérgio Moro não é uma figura única, mas tão somente uma figura de expressividade incontestável, o que o torna um exemplo perfeito do fenômeno do juiz “super-herói”.

O magistrado responsável por atuar nas mencionadas mega-operações, alvo da intensiva exposição midiática que veicula cada decisão tomada por este à população, acaba muitas vezes então vendo recair sobre seus ombros muito mais do que a responsabilidade estabelecida na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, mas o dever de se tornar um verdadeiro justiceiro. Muito mais do que com a correta aplicação do lei processual penal, o juiz “super-herói” preocupa-se com a opinião pública, que acompanha de perto suas decisões, sempre na ânsia pela punição dos acusados, que são vistos como criminosos.

O fenômeno do juiz “super-herói” representa então uma perigosa ameaça a todas as garantias que foram conquistadas desde a promulgação da Constituição Federal 1988 até hoje. Isso ocorre porque, a aplicação da lei penal deixa de ser pautada no devido processo legal, na imparcialidade, na ampla defesa, na presunção de não-culpabilidade e tantas outras garantias que, conforme já apontado, decorrem do sistema acusatório, e passa a ser pautado na necessidade de satisfação da opinião pública, situação que aproxima o processo penal ao sistema inquisitivo.

Quanto a esse ponto, vale à pena citar o entendimento de Ney Bello (2019) sobre a ideologia dominante no judiciário:

A ideologia dominante no Judiciário cria o juiz legislador, o juiz ativista, o juiz moralista e o juiz iluminado. Tais perfis têm ocupado de tal modo espaço na sociedade brasileira que o equilíbrio entre os Poderes e a sua salutar divisão encontram-se sensivelmente ameaçados. O juiz de hoje não é mais um árbitro: é um combatente; é um jogador. Não é correto falar — ainda — na ditadura da toga ou em golpe de toga, mas é fácil observar um ameaçador grau de invasão das decisões judiciais na seara dos Poderes Legislativo e Executivo. Essa hiperbolização do Judiciário vem sempre acompanhada de argumentos de superioridade moral e qualidade pessoal do julgador, o que é no todo perigoso, para dizer o mínimo, pois, de fato, é assustador.

Isso claramente se demonstra quando observamos os fundamentos das prisões cautelares. Tais encarceramentos, em sua maioria, são vinculados a conceitos abstratos, à materialidade do crime, à prova do delito e à sua repercussão midiática. São prisões que têm por objetos fatos pretéritos, que de forma alguma poderiam justificar aprisionamento preventivo.

Nesse aspecto, o Judiciário superinterpreta o Direito Processual Penal e reduz a esfera de liberdade do cidadão, tudo a partir de um ativismo criacionista repressor, corroborando teses de legitimação do hiperencarceramento e hipertrofiando a exclusão social, a partir do Direito Penal.

Assim, percebe-se que o senso comum dos juristas, para usar a expressão de Luís Alberto Warat (1982, p. 54)¹, agora compartilhado pela coletividade, alça a figura do juiz à condição de iluminado, salvador da pátria e moralmente inatacável, o que justificaria toda uma sorte de violações a direitos fundamentais com a justificativa da luta contra a corrupção.

3.3. As medidas cautelares no âmbito das mega-operações policiais

Já foi exaustivamente afirmado que as mega-operações policiais são alvo de intenso debate jurídico. Entretanto, pode-se afirmar com segurança que sobre elas, nenhum tópico é mais discutido do que a aplicação das medidas cautelares.

Em 2011, entrou em vigor a Lei 12.403, popularmente conhecida como a Lei das Medidas Cautelares Diversas à Prisão, uma vez que altera dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais cautelares.

A lei foi vista com bons olhos pela comunidade jurídica que enxergou nela, especialmente em relação à nova redação dada ao artigo 319, uma possibilidade de acabar com as prisões ilegais e excessivas, que por sua vez seriam substituídas pelas medidas cautelares diversas da prisão, previstas no mencionado artigo, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

¹ Segundo Warat: “O senso comum teórico, nos permite situar-nos frente às significações de base que determinam, definem e desenvolvem as condições semiológicas de existência da racionalidade do direito. Com a expressão senso comum teórico dos juristas estamos tentando explicitar uma condição de significação para os discursos jurídicos”.

- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica (BRASIL, 2011, p. 3).

Desde o início da vigência da Lei, notou-se uma visível evolução na aplicação do processo penal brasileiro, que passou a ter maior atenção às garantias processuais previstas em nosso ordenamento jurídico.

Em regra, as cautelares prisionais passaram a ser aplicadas apenas em casos extremos, onde, por exemplo, os agentes criminosos voltassem a delinquir ou atrapalhassem efetivamente a instrução criminal, como em caso de coação a testemunhas, destruição de provas ou fuga, quando comprovadas. Para os demais casos, que representam maioria, as medidas trazidas pela nova redação do artigo 319 do CPP passaram a ser aplicadas, resultando em benefícios ao acusado, ao processo e a todo o Estado Democrático de Direito, uma vez que no ano de início de vigência da lei o Brasil contava com 292.560 presos sob custódia cautelar, de um total de 726.712, segundo dados de 2016 do Departamento Penitenciário Nacional.

Ocorre que, quando estamos falando das mega-operações da Polícia Federal, as disposições da Lei das Medidas Cautelares parecem não se aplicar a grande parte dos acusados. Os magistrados atuantes nestas operações, frequentemente preocupados com a opinião pública que sonda suas ações através dos olhos de águia da mídia, acabam ignorando a existência das medidas cautelares diversas à prisão, tornando estas - exceção, e o encaminhamento dos acusados ao cárcere como medida cautelar, regra.

Nesse cenário em que vivemos, onde vem ocorrendo uma verdadeira inversão da sistemática processual penal, a equidade entre as partes passa a ser nada além de uma falácia, e o réu, que através dessa aplicação descriteriosa de medidas cautelares passa a enfrentar na realidade uma pena antecipada, se vê numa luta de Davi contra Goliás, apequenado diante da Estado que se agiganta sobre ele.

3.3.1. A prisão preventiva e a colaboração premiada

Ao que parece, os juízes que atuam no âmbito destas operações de grande visibilidade midiática, na ânsia de demonstrar “resultados positivos” à população, atropelam a sistemática processual penal, utilizando-se das cautelares prisionais para fins diversos daqueles que lhes são atribuídos pela lei, sem a devida observância dos requisitos para sua aplicação.

Neste ponto, mister observar a redação do artigo 312 do nosso Código de Processo Penal, que preceitua:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (BRASIL, 1941, p. 38)

A prisão preventiva, como se vê, é medida de caráter excepcional, que deve ser aplicada apenas em casos de extrema necessidade, como expresso em sua redação. No entanto, o que tem se visto no âmbito das mega-operações investigativas é que estas tem sido usadas como medida de “extração” de informações dos investigados a todo custo, especialmente após a adoção cada vez mais frequente de uma outra figura que vem ganhando destaque nessas recentes operações, a colaboração premiada.

A colaboração premiada consiste numa técnica de investigação em que o Estado oferta benefícios àquele que confessar e prestar informações úteis ao esclarecimento do fato delituoso.

Embora prevista no ordenamento jurídico desde 1990, quando apareceu no art. 8º, parágrafo único, da Lei 8.072/1990, a técnica da colaboração premiada ganhou especial notoriedade em nosso país após a promulgação da Lei 12.850/2013, também conhecida como Lei das Organizações Criminosas, que prevê em seus artigos 4º, 5º, 6º e 7º, um procedimento completo para a colaboração, qual seja:

Da Colaboração Premiada

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

§ 9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

§ 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

§ 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador (BRASIL, 2013, p. 3 e 4).

A técnica vem, nos últimos anos, ganhando posição de destaque nas mega-operações, notoriamente no seio da já mencionada operação Lava-Jato, que a adotou exaustivamente, transformando-a em seu principal meio de obtenção de provas.

No entanto, o que vem ocorrendo nestas grandes operações e causando preocupação no meio jurídico, é que as medidas cautelares prisionais, em especial a prisão preventiva, estão sendo utilizadas pelo Ministério Público junto ao poder judiciário, como forma de obtenção de colaboração premiada. Isto é, os juízes tem permitido que as cautelares prisionais, ao invés de serem utilizadas apenas em situações extremas, se tornem verdadeiras medidas indutoras de acordos de colaboração premiada.

Com a leitura da redação da Lei 12.850/2013 acima colacionada, de pronto se extrai a preocupação do legislador com o caráter essencialmente voluntário da colaboração premiada, inclusive expressando-o no art. 4º, *caput* (BRASIL, 2013). Neste diapasão, observa-se, pois, que Lei de Organizações Criminosas, notadamente admirada no meio jurídico quando de sua promulgação, vem tendo sua aplicação distorcida de maneira iminentemente ilegal, ao desrespeitar a voluntariedade da colaboração.

Sobre a obtenção da colaboração através do emprego ilegal das medidas cautelares, leciona Lopes Júnior (s.d apud MELO; BROETO, 2017, p. 3):

Tudo é mais difícil para quem não aceita o “negócio”. O acusador público, disposto a constranger e obter o acordo a qualquer preço, utilizará a acusação formal como um instrumento de pressão, solicitando altas penas e pleiteando o reconhecimento de figuras mais graves do delito, ainda que sem o menor fundamento. [...] O processo, ao final, é transformado em um luxo reservado a quem estiver disposto a enfrentar seus custos e riscos, como adverte Ferrajoli. A superioridade do acusador público, acrescida do poder de transigir, faz com que as pressões psicológicas e as coações (a prisão cautelar virou o principal instrumento de coação) sejam uma prática normal, para compelir o acusado a aceitar o acordo e também a “segurança” do mal menor de admitir uma culpa, ainda que inexistente. Os acusados que se recusam a aceitar a delação ou acordo sobre a pena são considerados incômodos e nocivos, e sobre eles pesará todo o rigor do Direito Penal “tradicional”, em que qualquer pena acima de quatro anos impede a substituição e, acima de oito anos, impõe o regime fechado.

Ao tratar-se das medidas cautelares privativas de liberdade, notadamente a prisão preventiva, o juízo de adequação da sua aplicação deveria ser simples: caso estejam presentes os requisitos estabelecidos na lei, decreta-se, caso contrário, não.

Percebe-se, no entanto, que essa lógica parece não se aplicar no âmbito das mega-operações policiais.

Desde que Beccaria publicou o seu clássico *Dos Delitos e das Penas* em 1764, no Século XVIII, já se vem discutindo a prisão processual como forma de extração da verdade e como forma de dar uma resposta aos anseios sociais. Desde aquele tempo, já temos alertas sobre as consequências nefastas desse procedimento, como podemos ver no trecho a seguir:

A razão está em que o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em vez da justiça; é que se atiram, na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente e o criminoso convicto; é que a prisão, entre nós, é antes de tudo um suplício e não um meio de deter um acusado; é que, enfim, as forças que estão externamente em defesa do trono e os direitos da nação estão separadas daquelas que mantêm as leis no interior, quando deveriam estar intimamente ligadas. Na opinião pública, desonram muito menos as prisões militares do que as prisões civis. Se as tropas do Estado, unidas sob a autoridade das leis comuns, sem entretanto estarem na dependência imediata dos magistrados, tivessem o encargo de guardar as prisões, a mancha da infâmia desapareceria ante o aparato e o fausto que seguem os corpos militares; pois, em geral, a infâmia, assim como tudo que fica na dependência das opiniões populares, se liga mais à forma que ao fundo (BECCARIA, 2009, P. 26-27).

O que se conclui, pois, é que no seio dessas mega investigações, os juízes, mais preocupados com a opinião pública do que com a correta aplicação da lei, no lugar de agirem como órgão julgador imparcial, em concordância com as garantias individuais arduamente conquistadas de 1988 pra cá, vem atuando como verdadeiros aliados do órgão de acusação, atropelando as garantias individuais na busca da aprovação social.

3.3.2 A questão da condução coercitiva

A condução coercitiva é um instituto que encontra previsão legal no art. 260 do nosso Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença. (Vide ADPF 395) (Vide ADPF 444)

Parágrafo único. O mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe for aplicável (BRASIL, 1941, p. 31).

Observando a redação do mencionado artigo, de pronto se percebe que a norma trata de uma medida que contraria as garantias individuais trazidas pela Constituição Federal de 1988, como tantas outras que ainda encontramos em nosso Código Processual Penal, que promulgado em 1941, carrega em si fortes influências arbitrárias, conforme já apontado.

Em face do exposto, desde a promulgação da Carta Magna, a medida prevista no *caput* do artigo 260 do CPP (BRASIL, 1941) havia sido, de certa maneira, “esquecida”, pois uma vez que sua aplicação contrariava o ordenamento jurídico vigente, sua utilização diminuiu.

No entanto, com a recente explosão das mega-operações da Polícia Federal, em especial a polêmica e já mencionada Lava-Jato, o instituto voltou a ganhar força, sendo amplamente aplicado no âmbito investigativo. O Ministério Público viu na condução coercitiva uma possibilidade de cercear a liberdade do acusado, a fim de pressioná-lo, com o mesmo intuito já apontado em relação às cautelares prisionais, para os casos em que não possuía qualquer justificativa, mesmo esdrúxula, como as que muitas vezes apresentam, para pedir uma prisão cautelar.

A referida operação ganhou fama no meio jurídico e social pelo emprego dessa medida a personalidades conhecidas no Brasil, entre elas a emblemática condução coercitiva do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, ocorrida em 4 de março de 2016, que causou um verdadeiro estardalhaço na mídia, e por conseguinte, na população de forma geral.

A aplicação da medida, especialmente no meio investigatório, por violar diversas garantias individuais, notadamente o direito ao silêncio, uma vez que o investigado não tem obrigação legal de comparecer à presença do Ministério Público ou da autoridade policial competente a fim de prestar esclarecimentos, à presunção de não culpabilidade e à liberdade, que é cerceada sem justificativa legal, sempre foi alvo de intenso debate jurídico.

Diante da polêmica acerca do tema, foram ajuizadas as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 395 e 444, pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), respectivamente, que tinham por objeto o artigo 260 do Código de Processo Penal e foram julgadas no dia 14 de junho de 2018 pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, que declarou sua inaplicabilidade, diante da sua não recepção pela Constituição Federal de 1988 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

No julgamento do processo, merece destaque o voto do eminente Ministro Celso de Mello, que acompanhou o entendimento do relator, trazendo em seu voto duras críticas à condução coercitiva, ressaltando a natureza essencialmente inquisitiva desta, contrapondo-se diretamente às garantias individuais previstas em nosso ordenamento jurídico. Abordou ainda a questão da subversão do regime constitucional de direitos e garantias individuais em face à pressão exercida pela opinião pública, fruto da espetacularização do processo penal. Merecem destaque determinados pontos trazidos de maneira brilhante no douto voto do Ministro:

Se é certo, portanto, Senhora Presidente, que esta Suprema Corte constitui, por excelência, um espaço de proteção e defesa das liberdades fundamentais, não é menos exato que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, para que sejam imparciais, isentos e independentes, não podem expor-se a pressões externas, como aquelas resultantes do clamor popular e da pressão das multidões, sob pena de completa subversão do regime constitucional dos direitos e garantias individuais e de aniquilação de inestimáveis prerrogativas essenciais que a ordem jurídica assegura a qualquer réu mediante instauração, em juízo, do devido processo penal.

A questão da legitimidade do Poder Judiciário e do exercício independente da atividade jurisdicional foi bem analisada em brilhante artigo da lavra do eminente Juiz Federal PAULO MÁRIO CANABARRO T. NETO, que examinou o tema na perspectiva das manifestações populares e da opinião pública, sustentando, com razão, que “a legitimidade do Poder Judiciário não repousa na coincidência das decisões judiciais com a vontade de maiorias contingentes, mas na aplicação do direito sob critérios de correção jurídica, conforme as regras do discurso racional” (grifei).

Assim como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido qualificar-se como abusiva e ilegal a utilização do clamor público como fundamento da prisão cautelar e de outras medidas restritivas da esfera jurídica das pessoas, notadamente daquelas sob investigação do Estado (RTJ 112/1115 – RTJ 172/159 – RTJ 180/262-264 – RTJ 187/933-934 – RTJ 193/1050, v.g.), esse ilustre magistrado federal, no trabalho que venho de referir, também põe em destaque o aspecto relevantíssimo de que o processo decisório deve ocorrer em “ambiente institucional que valorize a racionalidade jurídica”.

Na realidade, a resposta do poder público ao fenômeno criminoso, resposta essa que não pode manifestar-se de modo cego e instintivo, há de ser uma reação pautada por regras que viabilizem a instauração, perante juízes isentos, imparciais e independentes, de um processo que neutralize as paixões exacerbadas das multidões, em ordem a que prevaleça, no âmbito de qualquer persecução penal movida pelo Estado, aquela velha (e clássica) definição aristotélica de que o Direito há de ser compreendido em sua dimensão racional, da razão desprovida de paixão!

(...)

O Ministro e professor, ainda no mesmo voto, delineia de forma clara a função do direito processual penal em um Estado Democrático de Direito, vejamos:

Nesse sentido, o processo penal representa uma fundamental garantia instrumental de qualquer réu, em cujo favor – é o que impõe a própria

Constituição da República – devem ser assegurados todos os meios e recursos inerentes à defesa, sob pena de nulidade radical dos atos de perseguição estatal.

O processo penal figura, desse modo, como exigência constitucional (“nulla poena sine iudicio”) destinada a limitar e a impor contenção à vontade do Estado e à de qualquer outro protagonista formalmente alheio à própria causa penal.

O processo penal e os Tribunais, nesse contexto, são, por excelência, espaços institucionalizados de defesa e proteção dos réus contra eventuais excessos da maioria, ao menos, Senhora Presidente, enquanto este Supremo Tribunal Federal, sempre fiel e atento aos postulados que regem a ordem democrática, puder julgar, de modo independente e imune a indevidas pressões externas, as causas submetidas ao seu exame e decisão (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 395, 2018, p. 2 – 4).

(...)

Vale à pena ainda destacar trecho do mencionado voto que trata da importância do devido processo legal na seara do processo penal:

Nesse contexto, Senhora Presidente, é de registrar-se – e acentuar-se – o decisivo papel que desempenha, no âmbito do processo penal condenatório, a garantia constitucional do devido processo legal, cuja fiel observância condiciona a legitimidade jurídica dos atos e resoluções emanados do Estado e, em particular, das decisões de seu Poder Judiciário.

Não se desconhece, Senhores Ministros, que se revela inquestionável a essencialidade da atividade probatória que se deve realizar no curso dos procedimentos estatais de perseguição criminal, sempre com o objetivo de apurar e de esclarecer a verdade real em torno do fato delituoso, circunstância que põe em evidência, com particular destaque, entre outros meios instrumentais, a condução coercitiva.

Nesse contexto, a condução coercitiva – designada como condução “debaixo de vara” pelo Código do Processo Criminal de Primeira Instância do Império de 1832 (art. 95) – qualifica-se como instrumento juridicamente destinado a viabilizar o depoimento de testemunhas, a declaração de vítimas ou ofendidos e, ainda, o esclarecimento de peritos quanto ao laudo técnico por eles produzido.

Vê-se, daí, que a utilização, sempre excepcional, desse meio instrumental não constitui uma finalidade em si mesma, pois a condução coercitiva não se esgota em si própria, na medida em que objetiva a realização de fins autorizados pela legislação.

Para que se legitime essa extraordinária medida, impõe-se que a condução coercitiva – tratando-se de testemunhas, ofendidos ou peritos – atenda a determinados requisitos, sob pena de o emprego dessa providência excepcional constituir prática estatal abusiva e transgressora das normas que compõem o ordenamento positivo do Estado.

Entendo, bem por isso, que o mandado de condução coercitiva, para ser validamente expedido e efetivado, depende, quanto a testemunhas, ofendidos ou peritos, da conjugação de determinados pressupostos, a seguir indicados: (a) prévia e regular intimação pessoal daquele que é convocado a comparecer perante autoridade estatal competente, (b) não comparecimento ao ato processual designado e (c) inexistência de causa legítima que justifique a ausência ao ato processual que motivou a convocação (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 395, 2018, p. 7 e 8).

Os fins não justificam os meios. Há parâmetros ético-jurídicos que não podem e não devem ser transpostos pelos órgãos, pelos agentes ou pelas instituições do Estado. Os órgãos do Poder Público, quando investigam,

processam ou julgam, não estão exonerados do dever de respeitar os estritos limites da lei e da Constituição, por mais graves que sejam os fatos cuja prática tenha motivado a instauração do procedimento estatal.

Cabe advertir, no entanto, tal como lembrou em seu douto voto o eminente Ministro ALEXANDRE DE MORAES, que a exigência de respeito aos princípios consagrados em nosso sistema constitucional não frustra nem impede o exercício pleno, por qualquer órgão do Estado, dos poderes investigatórios e persecutórios de que se acha investido.

Ao contrário, a observância dos direitos e garantias constitui fator de legitimação da atividade estatal. Esse dever de obediência ao regime da lei impõe-se a todos – magistrados, administradores e legisladores.

É, portanto, na Constituição e nas leis – e não na busca pragmática de resultados, independentemente da adequação dos meios à disciplina imposta pela ordem jurídica – que se deverá promover a solução do justo equilíbrio entre as relações de tensão que emergem do estado de permanente conflito entre o princípio da autoridade e o valor da liberdade.

O que simplesmente se revela intolerável, e não tem sentido, por divorciar-se dos padrões ordinários de submissão à “rule of law”, é a sugestão – que seria paradoxal, contraditória e inaceitável – de que o respeito pela autoridade da Constituição e das leis possa traduzir fator ou elemento de frustração da eficácia da investigação estatal.

O respeito efetivo aos direitos individuais e às garantias fundamentais outorgadas pela ordem jurídica aos cidadãos em geral representa, no contexto de nossa experiência institucional, o sinal mais expressivo e o indício mais veemente de que se consolida, em nosso País, de maneira real, o quadro democrático delineado pela mais democrática de todas as Constituições que o Brasil já teve: a Constituição republicana de 1988.

O entendimento de que a pessoa sujeita a atos de persecução penal não pode sofrer condução coercitiva, para efeito de interrogatório ou de produção de provas contra si própria, exceto em casos de reconhecimento pessoal (CPP, art. 226) ou de identificação criminal (Lei nº 12.037/2009, art. 3º), tem o beneplácito do magistério da doutrina (DIOGO MALAN, “Condução Coercitiva do Acusado (ou investigado) no Processo Penal”, “in” Boletim IBCCrim, n. 266, p. 02/04, jan/2015; MARCO ANTONIOMARQUES DA SILVA e JAYME WALMER DE FREITAS, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 408, 2012, Saraiva; RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 740, 2ª ed., 2017, JusPODIVM; ROBERTO DELMANTO JUNIOR, “Inatividade no Processo Penal Brasileiro”, p. 164, item n. 5.8.2, 2004, RT, v.g.).

Mostra-se extremamente precisa, neste ponto, quanto à inadmissibilidade de o Poder Público constranger o indiciado ou acusado a cooperar na investigação penal dos fatos e a produzir provas contra si próprio, a lição ministrada pelo eminente Professor ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica”, “in” Revista do Advogado/AASP nº 42, p. 30/34, 31/32, 1994):

“Outra decorrência do preceito constitucional, ainda no terreno da prova, diz respeito à impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos. O direito ao silêncio, também erigido à categoria de dogma constitucional pela Constituição de 1988 (artigo 5º, LXIII), representa exigência inafastável do processo penal informado pela presunção de inocência, pois admitir-se o contrário equivaleria a transformar o acusado em objeto da investigação, quando sua participação só pode ser entendida na perspectiva da defesa, como sujeito processual. Diante disso, evidente que o seu silêncio jamais pode ser interpretado desfavoravelmente (...).” (grifei)

Por fim, vale à pena transcrever o entendimento do ministro quanto à incompatibilidade do instituto da condução coercitiva com o entendimento que se tem

sobre a natureza jurídica do interrogatório e da produção de provas na seara inquisitorial:

A impossibilidade constitucional de constranger-se o indiciado ou o réu a comparecer, mediante condução coercitiva, perante a autoridade policial ou a autoridade judiciária, para fins de interrogatório, resulta não só do sistema de proteção das liberdades fundamentais, mas, também, da própria natureza jurídica de que se reveste o ato de interrogatório, qualificável como meio de defesa do acusado, especialmente em face do novo tratamento normativo que lhe conferiu a Lei nº 10.792/2003, tal como expressamente o reconhece autorizadíssimo magistério doutrinário (ADA PELLEGRINI GRINOVER, “O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003)”, “in” Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 53/185-200; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 387, item n. 3, 6ª ed., 2007, RT; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código de Processo Penal Anotado”, p. 174, 21ª ed., 2004, Saraiva; DIRCEU A. D. CINTRA JR., “Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisdicional”, coordenação: ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO, p. 1.821, 2ª ed., 2004, RT; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “Processo Penal”, vol. 3/269-273, item n. 1, 28ª ed., 2006, Saraiva, v.g.).

Essa particular qualificação do interrogatório como meio de defesa permite que nele se reconheça a condição de instrumento viabilizador do exercício das prerrogativas constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa. É por isso que LUIGI FERRAJOLI (“Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal”, p. 486, item n. 2, traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 2002, RT), enfatizando o alto significado jurídico do interrogatório como expressão instrumental do próprio direito de defesa do acusado, põe em destaque os aspectos ora mencionados, assinalando, com inteira procedência, que, “(...) no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar. ‘Nemo tenetur se detegere’ é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês. Disso resultaram, como corolários: (...) o ‘direito ao silêncio’ (...), o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias processuais” (grifei) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 395, 2018, p. 19 – 22)

A justa preocupação da comunidade internacional com a preservação da integridade das garantias processuais básicas reconhecidas às pessoas meramente acusadas de práticas delituosas tem representado, em tema de proteção aos direitos humanos, um dos tópicos mais sensíveis e delicados da agenda dos organismos internacionais, seja em âmbito regional, como o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 8º, § 2º, “g”), aplicável ao sistema interamericano, seja em âmbito universal, como o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (Artigo 14, n. 2), celebrado sob a égide da Organização das Nações Unidas, instrumentos que reconhecem, a qualquer réu, dentre outras prerrogativas eminentes, o direito de não produzir provas contra si próprio e o de não ser considerado culpado, pelo Estado, antes do trânsito em julgado da condenação penal, cabendo referir, por relevante, nesse sentido, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Artigo 48, n. 1) e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (Artigo 6º, n. 2). Vale registrar, ainda, expressivo fragmento extraído do “Livro Verde” apresentado pela Comissão das Comunidades Europeias (Bruxelas,

26.4.2006, p. 5 e 6), que analisa, precisamente, o tema concernente ao princípio da presunção de inocência no âmbito da União Europeia:

“A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (‘TEDH’) compreende orientações respeitantes aos elementos constitutivos da presunção de inocência. Apenas a pessoa ‘objecto de uma acusação penal’ dela pode beneficiar. Os arguidos devem ser tratados como inocentes até que o Estado, através das autoridades responsáveis pela acção penal, reúna elementos de prova suficientes para convencer um tribunal independente e imparcial da sua culpabilidade. A presunção de inocência ‘exige [...] que os membros de um tribunal não partam da idêia pré-concebida de que o arguido cometeu a infracção que lhe é imputada’. O órgão jurisdicional não pode declarar um arguido culpado antes de estar efectivamente provada a sua culpabilidade. Um arguido não deve ser detido preventivamente excepto por razões imperiosas. Se uma pessoa for sujeita a prisão preventiva, deve beneficiar de condições de detenção compatíveis com a sua inocência presumida. O ónus da prova da sua culpabilidade incumbe ao Estado e todas as dúvidas devem ser interpretadas a favor do arguido. Este deve ter a possibilidade de se recusar a responder a quaisquer perguntas. Normalmente o arguido não deve contribuir para a sua própria incriminação. Os seus bens não devem ser confiscados sem um processo equitativo.” (grifei)

Essa é a razão pela qual não tem sentido adotar-se medida cautelar, de carácter restritivo, contra alguém, como a condução coercitiva do indiciado ou do réu, para interrogatório, sob o fundamento (absolutamente equivocado) de que a pessoa sujeita à persecução penal não se mostrou disposta a colaborar com o Estado, recusando-se, até mesmo, a expor a sua versão para os fatos que lhe foram imputados (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 395, 2018, p. 23 - 25).

Conforme se extrai da leitura dos trechos destacado, o douto Ministro Celso de Mello é firme ao esclarecer que o respeito aos direitos e garantias não impede o exercício do poder investigatório, mas ao contrário, constitui meio para tal.

Assevera ainda o carácter essencialmente inquisitivo da condução coercitiva, de modo que sua aplicação ao investigado contrapõe-se completamente ao nosso ordenamento jurídico, violando diversas garantias legais.

Não menos importante, reafirma a importância da imparcialidade do órgão julgador, reiterando que a legitimidade do poder judiciário não se confunde com a coincidência de suas decisões com a vontade pública, mas na verdade decorre da correta aplicação da lei, a despeito da aceitação social desta.

Assim, chega-se à preocupante conclusão de que o instituto da condução coercitiva, notadamente em relação aos investigados, sempre se mostrou manifestamente inconstitucional. Sua aplicação no âmbito das grandes operações midiáticas, na verdade, não se deu por equívoco dos magistrados responsáveis, mas pela demonstração da preferência destes em agradar à opinião pública em detrimento do atropelo dos direitos e garantias constitucionais.

4. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS MEGA-OPERAÇÕES CRIMINAIS E O ACOVARDAMENTO DOS MAGISTRADOS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas leciona, em seu 11º artigo:

Artigo 11º

1. Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948, p. 5).

A Declaração, aprovada em 1948, inovou ao trazer expressamente em seu texto legal o princípio da presunção de inocência. A partir de sua aprovação, o princípio passou a ser adotado pelos ordenamentos jurídicos de diversos Estados Democráticos de Direito.

Com o Brasil não foi diferente, nosso sistema jurídico recepcionou a presunção da inocência, prevendo-o expressamente no art. 5º, LVII, da nossa Carta Magna, bem como no art. 283, *caput*, do Código de Processo Penal, que teve sua redação alterada pela Lei 12.403/2011, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL, 1988, p. 2).

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 2011, p. 34).

Eugênio Pacelli (Ob. cit.), sobre o princípio da presunção da inocência, trata da abrangência desse direito no nosso sistema constitucional, vejamos:

Presunção de inocência, presunção de não culpabilidade e estado de inocência são denominações tratadas como sinônimas pela mais recente doutrina. Não há utilidade prática na distinção. Trata-se de princípio que foi inserido expressamente no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988. Antes, já se invocava sua aplicação, por decorrer do sistema, de forma implícita. A CF/1988 cuidou do estado de inocência de forma ampla, isto é, de modo mais abrangente que a Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil: Decreto nº 678/1992), na medida em que esta estabeleceu que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se

presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (art. 8º, 2), enquanto aquela dispôs como limite da presunção de não-culpabilidade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. De tal sorte, o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII, da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade eo encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção.

Percebe-se a presença incontestável do princípio da presunção de inocência. No entanto, nos últimos tempos temos visto uma relativização deste conceito, que vem sendo amplamente discutido pela comunidade jurídica.

Não surpreendentemente, a recente onda das midiáticas mega-operações da Polícia Federal intensificaram ainda mais o debate no meio jurídico.

Num cenário em que a sociedade, carente de moralidade pública, vê nas espetaculares investigações criminais uma solução utópica para seu descontentamento com os agentes públicos, a busca pela punição a qualquer custo vem cada vez mais pondo em xeque a presunção de inocência do investigado.

4.1. O processo penal como pena

Se houvesse a necessidade de existência de prova da prática de ato criminoso preteritamente à denúncia do acusado, a ação penal perderia seu sentido, pois já estaria demonstrado o delito. Diante disso, basta que reste comprovada a materialidade delitiva e a presença de indícios mínimos de autoria, para que se impute uma conduta delituosa a um indivíduo.

Partindo desse pressuposto, a persecução penal não deveria, pelo menos num primeiro momento, causar qualquer transtorno ao investigado ou acusado, visto que qualquer indivíduo está à mercê de seus efeitos.

O que ocorre no mundo real, no entanto, é bem diferente. Não é segredo que o mero enfrentamento de uma ação penal já traz ao indivíduo diversas consequências negativas.

Este fato se dá porque o processo penal carrega uma pena em si próprio, trazendo muitas vezes resultados tão graves quanto a própria condenação ou até mais severos.

Em nossa sociedade, o indivíduo que sofre uma persecução penal é imediatamente estigmatizado pelo povo como alguém de caráter minimamente duvidoso. O que se vê na prática é uma condenação antecipada aos olhos da sociedade, que não vislumbra no acusado um sujeito de direitos e garantias, mas um criminoso convicto.

Embora garantido em nosso ordenamento jurídico, a sociedade não absorveu o entendimento da presunção de inocência, aplicando, ao contrário, uma lógica inversa. Isto é, aos olhos do povo, o acusado não é inocente até que se prove o contrário, mas até que prove ser.

4.2. A presunção de inocência e o cumprimento de pena após condenação em segunda instância

Conforme apontado, o já polêmico princípio da presunção de inocência foi colocado no centro dos debates jurídico e político após a onda das midiáticas operações investigativas da Polícia Federal e da verdadeira espetacularização do processo penal que vem ocorrendo em decorrência das medidas drásticas tomadas no âmbito das citadas investigações.

Embora muito se discuta sobre a temática, o maior alvo de debate é seguramente relativo à possibilidade de aplicação da pena ao acusado após condenação em segunda instância, e sua ofensa ou não ao princípio da presunção de inocência.

A discussão intensificou-se ainda mais após o dia 17 de fevereiro de 2016, quando o Supremo Tribunal Federal julgou o Habeas Corpus (HC) 126.292/SP, mudando seu entendimento sobre a matéria. Por maioria de 7 votos a 4, o plenário do STF modificou a jurisprudência da corte, no sentido de que é possível a execução da pena após condenação em segunda instância.

Os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber votaram contrariamente mudança no entendimento da Corte, defendendo um entendimento garantista, em conformidade com nossa Carta Magna.

Merece destaque o brilhante voto do eminente ministro Marco Aurélio (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016):

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, não vejo uma tarde feliz, em termos jurisdicionais, na vida deste Tribunal, na vida do Supremo.

Há pouco, concluímos, considerada maioria escassa, por diferença de um voto, no sentido do não cabimento do habeas corpus contra ato de membro do Tribunal. Revelei preocupação quanto à reprodução dessa óptica nos Tribunais Superiores, nos vinte e sete Tribunais de Justiça e nos cinco Tribunais Regionais Federais. Já, agora, com o voto de integrantes que buscam sempre a preservação da jurisprudência, revemos jurisprudência, que poderia dizer até mesmo recente, para admitir o que ressaltou em votos na Turma como execução precoce, temporã, açodada da pena, sem ter-se a culpa devidamente formada.

Esses dois pronunciamentos esvaziam o modelo garantista, decorrente da Carta de 1988. Carta – não me canso de dizer – que veio a tratar dos direitos sociais antes de versar, como fizeram as anteriores, a estrutura do Estado. Carta apontada como cidadã por Ulisses Guimarães, um grande político do Estado-país, que é São Paulo, dentro do próprio País.

Tenho dúvidas, se, mantido esse rumo, quanto à leitura da Constituição pelo Supremo, poderá continuar a ser tida como Carta cidadã.

Admito que a quadra é de delinquência maior, tendo em conta, até mesmo, o crescimento demográfico desenfreado, ocorrido nos últimos quarenta e cinco anos. Lembremo-nos da Copa de 1970, Zagalo, Pelé e companhia, quando se ouvia o refrão: "Noventa milhões de brasileiros em ação". Hoje somos duzentos e cinco milhões de brasileiros em ação. Um crescimento demográfico de cerca de cento e quarenta por cento, presente natalidade sem controle.

Reconheço, mais, que a Justiça é morosa, que o Estado, em termos de persecução criminal, é moroso. Reconheço, ainda, que, no campo do Direito Penal, o tempo é precioso, e o é para o Estado-acusador e para o próprio acusado, implicando a prescrição da pretensão punitiva, muito embora existam diversos fatores interruptivos do prazo prescricional.

Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida.

Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta, por uma maioria que, presumo, virá a ser de sete votos a quatro. Não quero atrelar Vossa Excelência a qualquer das correntes, mas imagino, em termos de concepção do Direito positivo, de interpretação – que é ato de vontade, mas é ato vinculado ao Direito positivo –, o seu voto.

O caso não se mostra próximo de sugerir essa mudança substancial. Por que não é um caso à feição dessa mudança? Porque, na sentença, sem especificidade, sem limitação quanto ao recurso, assegurou-se ao paciente recorrer em liberdade. Ele o fez; o Ministério Público, não. Então, desprovida a apelação, implementou o Tribunal de Justiça não uma cautelar. Partiu para a execução – que já rotulei, com desassombro, como temporã, precoce, açodada –, determinando a expedição do mandado de prisão. Repita-se: assim o fez em cima de um recurso da defesa e presente a cláusula da sentença, não houve recurso da acusação, ensejadora da interposição de recursos – no plural – em liberdade.

Presidente, o acesso aos Tribunais de Brasília ainda está pendente. Por que, em passado recente, o Tribunal assentou a impossibilidade, levando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a rever jurisprudência pacificada, de ter-se a execução provisória da pena? Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que "ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória".

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio

da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título.

Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.

Caminha-se – e houve sugestão de alguém, grande Juiz que ocupou essa cadeira – para verdadeira promulgação de emenda constitucional. Tenho dúvidas se seria possível até mesmo uma emenda, ante a limitação do artigo 60 da Carta de 1988 quanto aos direitos e garantias individuais. O ministro Cezar Peluso cogitou para, de certa forma, esvaziar um pouco a morosidade da Justiça, da execução após o crivo revisional, formalizado por Tribunal – geralmente de Justiça ou Regional Federal – no julgamento de apelação. Mas essa ideia não prosperou no Legislativo. O Legislativo não avançou. Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado.

O passo, Presidente, é demasiadamente largo e levará – já afirmou o ministro Gilmar Mendes – a um acréscimo considerável de impetrações, de habeas corpus, muito embora também seja dado constatar que o esvaziamento dessa ação nobre, no que vinga a autodefesa, considerada a grande avalanche de processos, e se busca uma base, seja qual for, para o não conhecimento da ação – nomenclatura, esta, que se refere a recursos – , considerados os pressupostos de recorribilidade.

Peço vênica para me manter fiel a essa linha de pensar sobre o alcance da Carta de 1988 e emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade. Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva. E, mais, não se articule com a via afunilada, para ter-se a reversão, levando em conta a recorribilidade extraordinária, porque é possível caminhar-se, como se caminha no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, para o provimento do recurso especial ou do recurso extraordinário.

Acompanho, Presidente, a divergência revelada pela ministra Rosa Weber. Implemento a ordem pleiteada na inicial deste habeas corpus (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS 126.292, 2016, p. 76)

Conforme esplendidamente exposto pelo douto ministro Marco Aurélio, a possibilidade de execução da pena antes da condenação definitiva do acusado constitui afronta direta à Constituição Federal de 1988, que é expressa ao assegurar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Sobre esse ponto, vale à pena citar a doutrina de Gustavo Henrique Badaró (Ob. cit. P. 65-67):

A decisão é equivocada, restringindo indevidamente a garantia constitucional. O art. 5º, *caput*, LVII, da CR, estabelece como marco final da presunção de

inocência o “trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, e não “o acórdão condenatório em segundo grau”! A diferença prática das duas posições é que o novo posicionamento do STF implica negar efeito suspensivo ao recurso especial e extraordinário. Logo, poderão os tribunais locais, em caso de acórdão condenatório, determinar a expedição de mandado de prisão, como efeito da condenação a ser provisoriamente executada.

(...)

Entre nós, contudo, a Constituição reforçou a presunção de inocência, estabeleceu um marco temporal mais amplo para a sua incidência, indo além do momento em que se considera legalmente provada ou comprovada a culpa, ou que seja proferida sentença ou acórdão, ainda que recorrido. O acusado tem o direito que se presuma a sua inocência “até o trânsito em julgado” da sentença penal condenatória.

(...)

Da posição do STF conclui-se que a presunção de inocência não vigora mais até o “transito em julgado da sentença penal condenatória”, como assegura o inc. LVII do *caput* do art. 5º, da CR, mas só até “a confirmação da sentença condenatória em segundo grau”, **como quer o STF!**

(grifado)

A mudança no entendimento do tribunal, mais uma vez, aponta para aperigosa preocupação do judiciário com a satisfação da opinião pública, que anseia por punição, em maior grau do que com a correta aplicação da lei.

A exposição pública do processo se assemelha à antiga idéia do suplício, onde o sofrimento do réu é espetacularizado, a fim de que toda a sociedade se deslumbre com o acusado curvando-se à esmagadora força da “justiça”.

4.3. O acovardamento da magistratura diante das mega-operações

Conforme exaustivamente apontado, após a explosão das mega-operações investigativas da Polícia Federal, acompanhadas de perto pelos olhos da opinião pública, muitos juízes têm dado preferência à satisfação do anseio social por punição, mesmo ao custo da aplicação incorreta da lei processual penal.

No entanto, diante da insatisfação cada vez maior da sociedade com seus agentes públicos, refletidos num apoio crescente às referidas operações, tem surgido um novo fenômeno no poder judiciário brasileiro: o acovardamento dos magistrados diante das mega-operações midiáticas.

Aqui, cabe esclarecer que este fenômeno é completamente diverso da anteriormente mencionada figura do juiz “super-herói”, que busca através da aplicação da lei conforme seu próprio entendimento, atender aos anseios da sociedade. Neste caso, estamos falando da figura do magistrado que se excusa de aplicar corretamente a lei por medo de eventuais represálias sociais e políticas.

Recentemente, no mês de março deste mesmo ano, ocorreu um caso emblemático em nosso país, que ilustra perfeitamente a ocorrência deste novo fenômeno do judiciário.

Em 21 de março de 2019, o ex-presidente Michel Temer foi preso preventivamente pela Polícia Federal no Rio de Janeiro, em cumprimento de mandado expedido pelo juiz Marcelo Bretas no âmbito da mega-operação Lava Jato (FALCÃO; PÁDUA, 2019).

A cautelar, por sua vez, foi só mais um exemplo de prisão preventiva com caráter de pena antecipada, utilizada com intuito de constranger o acusado à própria auto-incriminação através do instituto da colaboração premiada. Como costumeiramente vem ocorrendo, carecia de argumentos contundentes, não apresentando qualquer justificativa plausível para a decretação da prisão em caráter preventivo.

Diante desse cenário, o desembargador Ivan Athié, do egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no dia 25 de março de 2019, concedeu *habeas corpus* ao ex-presidente, determinando a soltura do mesmo (FALCÃO; PÁDUA, 2019).

Chama atenção, no teor da decisão, que embora o douto desembargador afirme categoricamente que a prisão preventiva em questão não atendia aos requisitos da do art. 312 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), este faz diversos elogios à operação e até ao magistrado que erroneamente a decretou, antes de conceder a liberdade do acusado. Alguns trechos do referido *decisum* merecem destaque:

[...] Inicialmente, tenho de reconhecer a absoluta lisura do prolator da decisão impugnada, notável Juiz, seguro, competente, corretíssimo, e refutar eventuais alegações que procurem tisonar seu irrepreensível proceder. Ressalto que não sou contra a chamada “Lava-jato”, ao contrário, também quero ver nosso país livre da corrupção que o assola. Todavia, sem observância das garantias constitucionais, asseguradas a todos, inclusive aos que a renegam aos outros, com violação de regras não há legitimidade no combate a essa praga (TRF, HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 2419800-17-0-382-21-686687, 2019, p. 2).

[...] Vou pedir vênias, mais uma vez, ao D. prolator da decisão. Ao que se tem, até o momento, são suposições de fatos antigos, apoiadas em afirmações do órgão acusatório, ao qual não se nega – tem feito um trabalho excepcional, elogiável, no combate à corrupção em nosso país. Entretanto, os fatos que, de início na decisão se lhe “pareciam”, viraram grande probabilidade (TRF, HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 2419800-17-0-382-21-686687, 2019, p. 8).

[...] Não há na decisão, como se vê até aqui, qualquer justificativa prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal, para segregação preventiva dos

pacientes. Tem-se fatos antigos, possivelmente ilícitos, mas nenhuma evidência de reiteração criminosa posterior a 2016, ou qualquer outro fator que justifique prisão preventiva, sendo que os fatos em análise envolvem a Eletronuclear, cuja ação penal principal já este sentenciada, ora tramitando neste Tribunal, em face de apelação das partes (TRF, HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 2419800-17-0-382-21-686687, 2019, p. 11).

[...] Tenho de pedir vênua, mais uma vez, ao eminente Magistrado que proferiu a decisão. Embora ninguém discorda da necessidade de apuração de todos os fatos, e de responsabilização dos autores, mediante devido processo legal, assegurado contraditório e ampla defesa, e considerada a presunção de inocência, aplicando-se as penas previstas em lei, não há em nosso ordenamento jurídico –repito – antecipação de pena, tampouco possibilidade de prisão preventiva de pessoas que não representam perigo a outras pessoas e à ordem pública, tampouco à investigação criminal (que no caso parece já concluída), muito menos à instrução processual, e à aplicação da lei, e muito menos visando recuperar valores ditos desviados. Tampouco – repita-se novamente, há contemporaneidade de todos os fatos narrados na decisão. E, enfim, não passa despercebido exagero na narração, na decisão impugnada, eis que em apuração, no caso, apenas os relacionados com a Eletronuclear, e não outras investigações (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 2419800-17-0-382-21-686687, 2019, p. 15 e 16).

[...] Reafirmo, por fim, que sou a favor da operação chamada “Lava-Jato”, Reafirmo também que as investigações, as decisões, enfim tudo que, não só a ela concerne mas a todas sem exceção, devem observar as garantias constitucionais, e as leis, sob pena de não serem legitimadas (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 2419800-17-0-382-21-686687, 2019, p. 20).

Os trechos destacados transmitem uma mensagem muito clara sobre a situação vivida pelo judiciário brasileiro.

A fim de revogar uma prisão preventiva de caráter incontestavelmente ilegal decretada por um juiz de primeira instância, um desembargador vê a necessidade de proferir os mais diversos elogios à figura do magistrado, ao trabalho do Ministério Público, e ainda mais preocupante, faz questão de afirmar, repetidas vezes no corpo de toda decisão, que é a favor da operação Lava Jato.

Ora, o *decisum* em questão cuida de uma prisão manifestamente ilegal, e que portanto sequer deveria ter ocorrido. O juízo que a decretou, mesmo instado se mantinha sua decisão, foi firme na posição ilegal. Qual a necessidade, pois, de um magistrado de instância superior realizar tantos elogios a um juiz que propositalmente decreta uma prisão em desacordo com a lei?

A decisão evidencia a relutância dos magistrados ao decidir contrariamente às mega-operações da Polícia Federal. Mesmo cientes das ilegalidades cometidas no âmbito das mencionadas investigações, os magistrados, ainda que preocupados com

a correta aplicação da lei processual penal, temem a represália da opinião pública sobre suas decisões.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora nosso ordenamento jurídico enseje a adoção da sistemática processual penal acusatória, de caráter garantista, preocupada com o tratamento do acusado como sujeito de direitos, vemos que essa sistemática processual vem sofrendo certa inversão nos últimos tempos.

Atualmente, observa-se que há uma forte influência midiática no processo penal, notadamente nas mega-operações investigativas. Essa influência pode ser aferida pelo teor das decisões judiciais proferidas pelos magistrados, sobretudo, no deferimento de medidas cautelares, nas quais a interpretação aplicada às normas processuais penais ganha nuance de inquisitorialidade, com o fim de cumprir uma pauta antigarantista baseada na opinião pública comumente veiculada pela grande mídia que sufoca direitos fundamentais e põe em cheque o Estado democrático de direito.

A despeito dos evidentes esforços do legislador em garantir a independência do poder judiciário e por conseguinte a imparcialidade do órgão julgador, esta vem se mostrando cada vez mais utópica. O juiz, que antes de mais nada também é um ser humano, inegavelmente teme a represália da opinião pública sobre suas decisões.

A mídia, ao expor exacerbadamente as mega-operações policiais investigativas que vem sendo realizadas em nosso país, acaba tornando uma sociedade carente por moralidade pública excessivamente participativa em determinadas questões da justiça criminal, e essa participação acaba sendo responsável por prejudicar a correta aplicação da lei processual penal, uma vez que, em regra, a opinião pública diverge diametralmente da lógica garantista de um Estado Democrático de Direito.

A inversão que vem ocorrendo no âmbito do processo penal brasileiro, que é fruto da espetacularização midiática, é extremamente preocupante do ponto de vista garantista, uma vez que a influência da opinião pública nas questões penais vem transformando a aplicação de diversos institutos, em especial as medidas cautelares, em verdadeira antecipação da pena.

Hoje, vivemos num tempo em que a liberdade individual, direito fundamental constitucionalmente garantido, pode ser violada com a finalidade de satisfazer a opinião pública sedenta por punição a todo custo.

O caminho trilhado de 1988 para cá foi uma luta árdua, que trouxe como frutos a conquista de diversos direitos e garantias individuais. No entanto, embora a

Constituição Cidadã não deixe dúvidas acerca da forma como deve ser visto o sujeito que enfrenta uma persecução penal, o que infelizmente vem ocorrendo cada vez mais é a instalação de uma lógica inquisitiva que se manifesta mediante o uso desproporcional de medidas restritivas a direitos fundamentais, tudo em prol de atender os anseios de uma sociedade doente.

O que mais preocupa, entretanto, é saber que este fenômeno não vem ocorrendo apenas nas instâncias ordinárias do judiciário, mas até da sua cúpula - representada pelo Supremo Tribunal Federal - como ficou demonstrado, que a fim de atender aos mencionados anseios sociais, tem até criado espaço para interpretações criativas de termos literais da constituição, como no caso da prisão em segunda instância, o que vai de encontro à atual noção da interpretação constitucional.

Em tempos onde o poder judiciário se amedronta diante do apoio incondicional da opinião pública a investigações repletas de abusos e ilegalidades, é ingenuidade pensar que a imparcialidade do órgão julgador segue invulnerável, e mais ainda, pensar que o magistrado não se enxerga como alguém que cumpre uma função política.

Da mesma forma, não são poucos os magistrados que optam deliberadamente por deixar de aplicar normas que prevêm garantias constitucionais processuais pelo medo da falência institucional do judiciário e diante de um histórico de impunidade que os precede. Porém, essa conduta serve apenas para saciar o desejo de vingança pública de parte da população, mas não tem efeitos práticos no combate à corrupção real, sendo eficaz apenas para tornar ainda mais vulnerável a posição do cidadão acusado e colocar em dúvida as instituições públicas, em especial, o Poder Judiciário.

São tempos sombrios para o processo penal.

REFERÊNCIAS

ADVOGADOS PROTESTAM CONTRAPRISÕES DA PF ACEITAS PELA JUSTIÇA. **Consultor Jurídico**, 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-mai-23/advogados_protestam_prisoes_feitas_pf. Acesso em: 02 abr. 2019.

ALMEIDA, C. A. G. de. A postura do juiz no sistema acusatório. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 152, set 2016. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17841. Acesso em: 25 mar. 2019.

ARAUJO, G. S. J. **Lei das medidas cautelares à prisão foi esquecida na lava jato**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-06/guilherme-araujo-lei-cautelares-foi-esquecida-lava-jato>. Acesso em: 05 abr. 2019.

BELLO, Ney. **A jurisdição criminal brasileira: propostas para o milênio**. Revista Consultor Jurídico. 24 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-24/crime-castigo-jurisdiacao-criminal-brasileira-propostas-milenio>. Acesso em 01/05/2019.

BONFIM, E. M. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 61-62.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 mar. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 25 mar. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 35, de 14 de março de 1979**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. 1979. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp35.htm. Acesso em: 27 mar. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. 1990. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em: 05 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: 05 abr. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações

penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. 2013. Brasília, DF. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12850-2-agosto-2013-776714-norma-atualizada-pl.pdf](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12850-2-agosto-2013-776714-norma-12850-2-agosto-2013-776714-norma-atualizada-pl.pdf). Acesso em: 05 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teor do Acórdão. Habeas Corpus 126.292**. CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI. 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 395**. Voto Min. Celso de Melo. 14 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Apdf395VotoCM.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº. 444**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2018/09/ADPF-444-Beto-Richa-e-outros.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2019

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (2º Região). **Habeas Corpus Criminal - Turma Espec. I - Penal, Previdenciário e Propriedade Industrial 0001249-27.2019.4.02.0000 (2019.00.00.001249-0)**. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2019/03/d7abe410a27ccc2899d73c74f1b337c7.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. Advogados protestam contra prisões da PF aceitas pela Justiça. 2007. ISSN 1809-2829. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-mai-23/advogados_protestam_prisoes_feitas_pf. Acesso em: 02 abr. 2019.

DALLARI, D. de A. Presunção de inocência: direito fundamental e princípio constitucional no Brasil. **JOTA.INFO**, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/diretos-humanos-e-constituicao/presuncao-de-inocencia-direito-fundamental-e-principio-constitucional-no-brasil-04042018>. Acesso em: 07 abr. 2019.

FALCÃO, M.; PÁDUA, L. Desembargador do TRF2 tira Temer da prisão e nega ser contra a Lava Jato. **JOTA.INFO**. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/justica/juiz-federal-determina-soltura-de-michel-temer-25032019. Acesso em: 08 abr. 2019.

FREITAS, M. R. de. Relativização do Princípio da Presunção de Inocência. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em:

<https://freitaspuc.jusbrasil.com.br/artigos/521838856/relativizacao-do-principio-da-presuncao-de-inocencia>. Acesso em: 07 abr. 2019.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012. EPUB.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. A polícia federal, o poder judiciário e as mega-operações. **Boletim 175**. 2007. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3432-A-policia-federal-o-poder-judiciario-e-as-mega-operacoes. Acesso em: 02 abr. 2019.

LOPES JÚNIOR, A. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATIAS, F. P. da C. O princípio da imparcialidade do juiz penal como decorrência da adoção do sistema acusatório pela constituição federal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3370, 22 set. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22659>. Acesso em: 28 mar. 2019.

MELO, V.; BROETO, M. F. Prisão para delatar transforma a preventiva em método de tortura. 2017. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-20/opinio-ilegalidade-prisao-preventiva-delatar>. Acesso em: 05 de abr. 2019.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Brasileira**. 2019. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/corrupt%C3%A7%C3%A3o/>. Acesso em: 27 mar. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 25 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO TRANSPARENCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Índice de Percepção da Corrupção**. 2018. Disponível em: <http://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>. Acesso em: 26 mar. 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21ª Ed. São Paulo, Atlas, 2017. EPUB.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RODRIGUES, M. P. Os sistemas processuais penais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3833, 29dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26262>. Acesso em: 25 mar. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plenário declara a impossibilidade da condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório.** 2018. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>. Acesso em: 06 abr. 2019.

SILVA, D. R. da. **Uma malandragem chamada condução coercitiva.** Jusbrasil, 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/446196044/uma-malandragem-chamada-conducao-coercitiva>. Acesso em: 06 abr. 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 11ª Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. EPUB.

WARAT, Luís Alberto. **Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas.** V. 03 n. 05. 1982. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692> Acesso em: 01/05/2019.